

0-786242

На правах рукописи

Исх. №43/9/4653

от 27.10.2009 г.

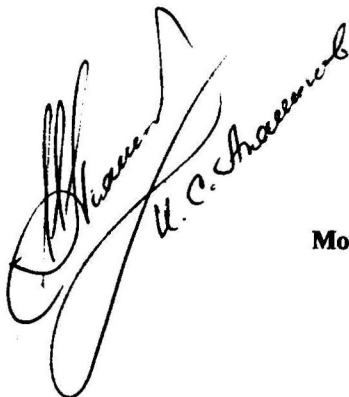
АПАЛИКОВ Никита Сергеевич

**Форвардный договор в гражданском обороте и
практике правоохранительных органов**

**Специальность: 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское
право; семейное право; международное частное право**

АВТОРЕФЕРАТ

**диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

A large, stylized handwritten signature in black ink, which appears to read "Н. С. Апаликов". The signature is written diagonally across the page.

Москва – 2009

Работа выполнена на кафедре гражданского права и процесса Московского университета МВД России.

Научный руководитель: доктор экономических наук, кандидат юридических наук, профессор
Эриашвили Нодари Дарчоевич

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор
Богданов Евгений Владимирович

доктор юридических наук, профессор
Ильина Ольга Юрьевна

Ведущая организация: **Казанский государственный университет**

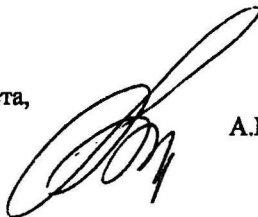
Защита состоится 8 декабря 2009 г. в 11 часов на заседании диссертационного совета Д 203.019.02 при Московском университете МВД России (117997, Москва, ул. Академика Ватутина - 12)

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Московского университета МВД России.

Автореферат разослан

27 октября 2009 г.

Ученый секретарь диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент



А.Г. Мамонтов

НАУЧНАЯ БИБЛИОТЕКА КГУ



0000681934

1. Общая характеристика работы

Актуальность исследования. Во всем мире в течение последних нескольких лет происходит бурный рост финансовых рынков.

Развитие экономических институтов, актуальность существования которых была понятна западным странам десятилетиями ранее, не получает должного внимания со стороны российского государства до сих пор, несмотря на сильное влияние инновационного процесса в экономике и интеграции.

Безусловно, феноменом современных рынков капиталов в мировой экономике являются деривативные сделки, то есть сделки, предметом которых являются действия стороны по выплате другой стороне денежной суммы в виде разницы между ценой, согласованной в договоре, и ценой, которая будет сформирована на рынке товара в будущем.

Помимо быстрых темпов роста, современный мировой рынок деривативных договоров характеризуется огромными масштабами.

В 2005 г. совокупный оборот российского рынка деривативов превысил 60,7 млн. контрактов или 907,3 млрд. руб., что на 38,6% в контрактах и на 50,6% в денежном выражении больше показателя 2004 г.

Объем деривативных сделок на внебиржевом рынке к середине 2008 увеличился на 20,4 трилл. долл. по сравнению с началом года и его рост прогнозировался к началу 2009 г.

В истории развития деривативов первенство принадлежит форвардному договору, который заключался на ранних стадиях развития товарооборота между сельхозпроизводителями и покупателями в целях авансирования части затрат на возделывания будущего урожая и страхования риска резкого колебания цен на товар в будущем.

Зарождение же организованной деривативной торговли относится к появлению в 1750 г. рисовой биржи Дояма в Японии и Нью-Йоркской продовольственной биржи в 1752 г.

С развитием финансового рынка договорные связи усложнялись, форвардный договор трансформировался в более сложные деривативные

договоры, такие, как фьючерс, опцион и своп.

Помимо положительного влияния на развитие экономики, рынки деривативных сделок могут активно воздействовать на негативные тенденции в экономике, среди которых необходимо упомянуть усиление ценовых колебаний и дестабилизацию вследствие спекуляции, возникновение системного риска, развитие экономических кризисов.

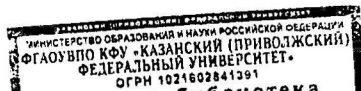
Об этом свидетельствуют события на финансовых рынках стран Латинской Америки, Юго-Восточной Азии, Европы и Америки, СССР и России. Нельзя недооценить влияние рынка деривативных сделок на развитие мирового финансового кризиса 2008-2009 года.

Любая государственная экономическая система подвержена влиянию кризиса, различаются лишь последствия его воздействия, степень которых зависит от мер, принятых государством по предупреждению, прогнозированию, а также регулированию институтов, оказывающих наибольшее влияние на развитие негативных процессов в экономике.

Несмотря на развитие экономического оборота деривативных сделок на практике, правовой и законодательной основы их обращения в России не сформировано до сих пор. Более того, после кризиса 1998 года развитие данного института вообще было заблокировано судебной практикой, которая признала форвардные сделки сделками пари. Попытки же доктринального исследования форвардных сделок с целью разграничения с пари привели еще к большему противоречию в понимании действительной сущности этих сделок.

Отсутствие законодательной регламентации, использование различной понятийной базы, которая в большей части противоречит друг другу, отсутствие фундаментальных исследований форвардного договора не позволяет сформировать четкого представления о правовой природе данного договора и предупредить его негативное влияние на экономические процессы.

Проект концепции развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках, подготовленный в соответствии с указом Президента Российской Федерации от 18.07.2008 г. № 1108 «О совершенствовании



Гражданского кодекса Российской Федерации», представляющий собой часть единой Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, не содержит положений о развитии данного сегмента финансового рынка. Понятие деривативов в проекте используется, опять же, в экономическом контексте, в связи с процессом секьюритизации, который правового определения в России также не имеет.

До настоящего момента невозможно было определить, является ли фьючерсный договор биржевым аналогом форвардного, можно ли отнести поставочный форвардный договор к деривативным договорам или он имеет квалификацию, схожую с иными гражданско-правовыми договорами (например, договором поставки), чем обусловлено развитие фьючерсных сделок и блокирование развития форвардных.

Кроме того, сделки, совершаемые на финансовых и товарных рынках, в том числе международных, характеризуются сложностью и большим оборотом капитала, что является основой для развития правонарушений и злоупотреблений в данной сфере. Отсутствие правового и теоретического базиса не позволяет компетентным органам предупреждать правонарушения.

Объектом исследования является правовое явление деривативных договоров в общем и форвардного договора, в частности, его развитие и правоотношения, возникающие между субъектами в процессе его заключения и исполнения.

Предметом диссертационного исследования является форвардный договор, его правовая природа, структура, содержание, нормативно-правовое регулирование, обычаи хозяйственного оборота, правоприменительная практика в сфере заключения форвардного договора, существующие законопроекты, зарубежная практика по рассматриваемой проблематике.

Цель диссертационного исследования:

Провести комплексное исследование правовой природы форвардного договора как института гражданского права исходя из анализа понятия и содержания данного договора, его развития и соотношения с иными

аналогичными правовыми конструкциями.

Для достижения поставленных целей были сформулированы следующие задачи:

1. Провести анализ развития форвардного договора.
2. На основе анализа договора определить предмет, объект, субъекты и содержание договора.
3. Провести сравнительно-правовой анализ форвардного договора с иными деривативными договорами и рассмотреть классификацию форвардных договоров на виды.
4. Провести анализ правовых основ заключения и исполнения форвардного договора в России и за рубежом, решений судебных органов, связанных с совершением форвардных сделок.
5. Выявить потребность в самостоятельной регламентации форвардного договора, обосновать и выработать рекомендации по формированию нормативной базы, посвященной регулированию данного договора и практики применения в России, а также практики правоохранительных органов по обеспечению гражданского оборота в сфере совершения форвардных сделок.

Методологическая основа диссертации. Методологическую основу диссертации составляют такие общенаучные методы, как исторический, логический анализ, синтез, диалектический, системный, статистический и иные. Правовая направленность исследования детерминирует использование ряда специфических методов, в частности логико-правового, сравнительно-правового и других.

Эмпирической основой исследования стали материалы, апробированные автором в процессе практической и научно-исследовательской деятельности в качестве юридического консультанта страховой компании в арбитражном суде Москвы в 2006-2009 годах.

Анализируется правоприменительная практика, связанная с разрешением спорных ситуаций в сфере правоотношений из форвардного договора.

Нормативная база исследования. Диссертационное исследование основано на положениях Конституции Российской Федерации, Гражданского кодекса Российской Федерации и других нормативных правовых актов.

Степень научной разработанности и теоретические основы исследования. Основу научных исследований в сфере деривативных сделок составляют труды ученых экономистов, которые не отражают правового содержания данных сделок, и более того во многом противоречат ему. Внимания правоведов исследуемая тема была удостоена лишь в период 1998-2001 годов, когда исследуемые сделки проявили свое негативное влияние на экономические процессы в государстве. Проводимые в тот период дискуссии не позволили установить действительное содержание форвардного договора, исследования носили поверхностный характер, что не позволило достичь единства мнений и уйти от противоречивости выводов. В немногих комплексных исследованиях в сфере деривативных договоров уделялось внимание в основном фьючерсным и опционным сделкам. В связи с этим многие актуальные вопросы, связанные с форвардным договором, до настоящего момента оставались неисследованными.

Теоретическую основу исследования составили труды таких ученых правоведов как Н. М. Коршунов, Е. В. Богданов, Т. М. Гандилов, О. Ю. Ильина, М. М. Агарков, В. С. Белых, С. Э. Жилинский, В. И. Иванов, Г. Ф. Шершеневич, А. Е. Шерстобитов, К. П. Победоносцев, М. И. Брагинский, В. В. Витрянский, Э. С. Петросян, Г. А. Гаджиев, С. Н. Братусь, Е. А. Суханов, Е. В. Иванова, О. Н. Садиков, А. В. Рахмилович, Э. Э. Сергеева, Г. Райнер и др.

В процессе диссертационного исследования автором также использовались работы российских и зарубежных экономистов – А. Н. Буренина, Е. Ф. Жукова, Я. М. миркина, Н. Д. Эриашвили, А. В. Кавкина, Э. Свона, Д. Ченса, Т. А. Салеха, С. Л. Хайса, Д. К. Бьерка, Д. Халла и др.

Научная новизна исследования состоит в том, что автором проведен комплексный анализ правовой природы форвардного договора с учетом его экономической и правовой цели, состояния нормативной правовой базы и

законотворческой деятельности, а также судебной практики. Автором предпринята попытка дать определение понятию форвардного договора, выявить его признаки и существенные условия, провести отграничение от смежных правовых категорий, что позволит преодолеть барьеры развития рынка форвардных и иных деривативных сделок.

В работе также рассматриваются теоретические и конкретные практические аспекты исследования форвардного договора, которые содержат отдельные элементы научной новизны:

1. Исследованы основные правовые позиции ученых в области гражданско-правового регулирования форвардного договора, которые в результате процесса систематизации с концепцией, предложенной автором, позволили частично устранить существующие противоречия и дают основания для возможности дальнейшего формирования и развития теории деривативных договоров.

2. Определен предмет и раскрыто содержание форвардного договора.

3. Предложены авторские определения понятий «форвардный договор», «первоначальный показатель», «итоговый показатель» и «базовый актив».

4. На основе изучения нормативных правовых источников России и иностранных государств сделаны предложения по формированию законодательной базы использования форвардных договоров в России.

5. Выявлены факторы, оказывающие влияние на злоупотребления в сфере заключения форвардных сделок и как результат – на развитие неблагоприятных процессов в экономике государства.

6. На основе типологии, содержащейся в ГК РФ, рассмотрена типология способов защиты прав сторон, применимых к правоотношениям из форвардного договора.

8. Уточнена роль правоохранительных органов Российской Федерации в сфере заключения форвардных договоров, защиты прав сторон и предотвращения злоупотреблений.

На защиту выносятся следующие положения и выводы:

1. Анализ генезиса форвардного договора позволил нам выявить основные, присущие в совокупности исключительно форвардному договору признаки: а) **производности** – размер обязательства, которое должно быть исполнено стороной договора, зависит от цены (показателя), сложившегося на рынке базового актива на дату исполнения, характер и степень изменения которой (которого) сторонам на момент заключения договора не известны; б) **срочности** – момент заключения и исполнения форвардного договора не совпадают; в) **алеаторности** – стороны принимают на себя риск неизвестности относительно того, каков будет характер и степень изменения цены или показателя базового актива по договору, а, следовательно, и размер обязательств; г) **прямой связи** – договор заключается без участия организатора торгов, биржи и основывается на принципе равенства и автономии воли сторон.

2. Автор считает, что правовая цель поставочного форвардного договора совпадает с правовой целью договора поставки или купли-продажи с отложенным сроком исполнения, не содержит признака производности как конститутивного признака деривативной сделки, что не позволяет отнести поставочный форвардный договор к классу деривативных договоров.

3. Расчетный форвардный договор содержит все признаки, присущие деривативной сделке. Использование термина «расчетный» не оправдывает себя, так как обосновывается делением форвардных договоров на виды (поставочный, расчетный), что в предложенной автором концепции исключается.

Для обозначения данного договора считаем достаточным и обоснованным использование термина «форвардный договор».

4. Предметом форвардного договора является действие по выплате денежной суммы одной стороной в пользу другой. Размер денежного обязательства зависит от изменения цены или значения базового актива на рынке его обращения и представляет собой разницу между ценой (значением),

согласованной сторонами на дату заключения договора, и ценой (значением), сложившейся на рынке базового актива на дату исполнения договора.

5. Автор утверждает, что наряду с предметом к существенным условиям форвардного договора следует относить:

- а) **условие о базовом активе;**
- б) **условие о первоначальном показателе;**
- в) **условие о дне исполнения, сроке;**
- г) **способ определения разницы между первоначальным и итоговым показателем.**

Итоговым показателем является выражение цены или значения базового актива, сформированного на рынке обращения базового актива на день исполнения форвардного договора.

Способ исполнения форвардного договора не является существенным условием договора, так как не предполагает альтернативного исполнения.

6. Автором сформулировано и обосновано следующее определение понятия «форвардный договор»: *по форвардному договору каждая из сторон обязуется в установленный день исполнения выплатить другой стороне денежные средства в размере разницы между первоначальным показателем базового актива, согласованным сторонами при заключении договора, и итоговым показателем базового актива, который сформируется на рынке базового актива на день исполнения.*

Форвардный договор – это основной, взаимный, возмездный, консенсуальный, алеаторный договор.

7. Автор доказывает, что форвардный договор не является внебиржевым аналогом фьючерсного договора. Самостоятельный характер форвардного договора в гражданском обороте подтверждается сопоставлением следующих признаков:

- 1) условия форвардного договора индивидуально определены сторонами, условия фьючерсного – биржей;
- 2) перемена лиц в обязательстве по форвардному договору происходит

в общем порядке, по фьючерсному при переводе долга согласия кредитора не требуется;

3) субъектом форвардного договора могут быть субъекты гражданских правоотношений, обладающие необходимой правоспособностью и дееспособностью для совершения сделок, по фьючерсному – допущенные к торгам биржей;

4) форвардный договор прекращается в общем порядке, фьючерсный – может быть прекращен биржей в случае уменьшения залогового обеспечения;

5) по фьючерсному договору обеспечение исполнения обязательств залогом, в отличие от форвардного, является обязательным.

8. Форвардный договор имеет исключительно гражданско-правовую природу, так как отвечает признакам гражданско-правовых договоров (ч. 1 ст. 9 ГК РФ, ст. 421 ГК РФ).

9. Проведенное исследование позволило автору выявить определенные пробелы в действующем законодательстве, регулирующем отношения при заключении форвардного договора, предложить и обосновать ряд рекомендаций по совершенствованию ГК РФ.

В частности, необходимо дополнить раздел IV «Отдельные виды обязательств» Гражданского кодекса РФ главой «Деривативные договоры» и включить ее в раздел, регулирующий обязательства по передаче имущества в собственность, а именно: – перед главой 34 «Аренда», в которую включить общие положения о деривативных договорах, закрепить в отдельной статье определение понятия «деривативный договор», совокупность признаков деривативного договора с раскрытием их содержания, в отдельной статье виды деривативных договоров, такие, как: форвардный, фьючерсный, своп, опционный, и их отличительные признаки, в отдельной статье существенные условия, в отдельной статье порядок заключения, исполнения и прекращения.

Закрепление всех положений, касающихся деривативных сделок, в Гражданском кодексе РФ нецелесообразно, учитывая, что развитие финансового рынка и появление новых разновидностей договоров происходит

быстрее развития их правового регулирования. Необходимо разработать федеральный закон «О деривативных сделках», в котором должны быть включены положения, касающиеся деятельности на рынке совершения деривативных договоров, способы и меры защиты прав сторон, положения о порядке регулирования рынка деривативных сделок и др.

В диссертации обосновано положение о необходимости исключения ч. 2 ст.1062 из ГК РФ при дополнении кодекса главой о деривативных договорах.

Также следует разработать единый унифицированный сборник понятий и терминов деривативного рынка по образцу «Инкотермс». Термины, содержащиеся в сборнике, должны соответствовать общепринятым стандартам, образцам и обычаям.

Теоретическая значимость исследования состоит в том, что, помимо конкретных результатов, определен целый ряд перспективных направлений дальнейшего научного исследования ряда проблем гражданского права, а также проблем ряда тесно соприкасающихся с ними наук – финансового права, банковского права и гражданского процесса.

Практическая значимость диссертационного исследования определена возможностью внедрения его результатов в практическую деятельность юридических лиц и кредитных организаций, государственных органов, в том числе арбитражных судов, судов общей юрисдикции. Исследование непосредственно связано с активным внедрением в правоприменительную практику особенностей правового регулирования форвардных договоров. Его результаты могут быть важным составным элементом развития гражданского оборота и финансового рынка России.

Материалы исследования могут быть использованы в учебном процессе в высших учебных заведениях при преподавании учебных курсов «Банковское право», «Гражданское право», «Предпринимательское право», а также для разработки спецкурсов, организации семинаров и тренингов по проблемам деривативных договоров.

Основные положения диссертационной работы отражены в

публикациях автора, а также в выступлениях на научно-практических конференциях, проводимых в Московском университете МВД России, Алтайском государственном университете, Институте экономики, финансов и менеджмента (НАУ ФИНЭКОМ).

По результатам исследования были подготовлены и опубликованы 6 научных статей и 1 учебное пособие в соавторстве.

Структура диссертационного исследования. Поставленная проблема, объект, предмет и цели исследования определили внутреннюю логику и структуру работы. Диссертация состоит из введения, двух глав, состоящих из восьми параграфов, заключения и библиографии.

2. Основное содержание работы

Во введении обосновывается актуальность работы, определяются цели и задачи, формулируются объект и предмет исследования, конкретизируются положения, выносимые на защиту, раскрываются научная новизна и практическая значимость результатов диссертационного исследования, приводится структура работы.

Первая глава работы «Общая характеристика форвардного договора» состоит из четырех параграфов.

В первом параграфе «Становление и развитие отношений, связанных с использованием форвардного договора», содержится анализ причин, правовых и экономических целей возникновения форвардных правоотношений, генезис форм регулирования данных правоотношений, что позволяет автору выделить конститутивные признаки форвардного договора и на основании их сформулировать его промежуточное определение.

Для выявления момента появления правовой формы определенных общественных отношений в истории автор посчитал необходимым выделить наиболее общие признаки, которыми наделяют деривативные договоры теоретики и практики, для чего за основу было взято определение Международных стандартов финансовой отчетности, являющихся на сегодняшний день единственным международным документом,

определяющим термины рынка деривативов.

Анализ данного определения позволил автору выделить три признака деривативного договора: зависимость изменения цены исполнения договора от изменения цены базового актива, лежащего в его основе; меньшая, по сравнению с другими финансовыми инструментами, стоимость контракта; срочность контракта.

Первый признак, по нашему мнению, является определяющим. «Derivative» в переводе с английского языка означает «производный».

Второй признак, полагаем, существенного правового значения для квалификации договора как деривативного не имеет.

Третий признак дал основание возникновению в экономике понятий «срочной сделки», «срочного контракта», «срочного рынка», противопоставляемого кассовому (спот) рынку - рынку, где совершаются сделки, момент заключения и исполнения которых совпадает.

Ранние периоды развития форвардных отношений свидетельствуют о преобладании признака срочности как конститутивного для деривативной сделки, что, однако же, не позволяло провести разграничения с договором поставки или обычной куплей-продажей.

Однако в последующем, с усилением спекулятивной роли рассматриваемых сделок и отхода от изначальной цели по страхованию рисков изменения цен на сельскохозяйственную продукцию, автор усматривает процесс укрепления признака производности как конститутивного, что связано с тем, что на организованном рынке к торгам допускались лишь лицензированные участники, которые были вынуждены представлять интересы большого числа торговцев и часто совпадать в статусе по различным сделкам между собой как кредитор/должник, должник/кредитор. А так как торговля была опосредована складскими расписками, номинальный объем которых существенно превышал количество наличного товара, и для исполнения сделки было необходимо купить товар на наличном рынке, стороны-участники стали производить зачет однородных требований и

производить выплату друг другу разницы.

Деривативный договор позволил упростить систему товарных отношений и связей. Большой объем операции по получению конечного результата – более выгодных для себя условий и, в конечном счете, - прибыли может быть включен в рамки одной сделки – деривативной.

Постепенный отход от торговли наличным товаром и увеличение «фиктивной» товарной массы за счет долговых расписок формирует все большее развитие расчетных сделок, то есть сделок, по которым поставки товаров, хотя изначально и предполагавшейся, не происходит.

На основе проведенного анализа автор приходит к выводу, что исторически форвардному договору присущи признаки срочности (момент заключения и исполнения договора не совпадает) и производности (существует зависимость цены исполнения договора от изменения цены базового актива по договору), а также признак алеаторности (характер и степень изменения цены сторонам на момент заключения договора не известна).

Второй параграф посвящен «Понятию и видам форвардного договора».

При исследовании вопроса о понятии форвардного договора автор исходил из того, что юридические определения имеют принципиальное значение для установления содержания правоотношений, связанных с заключением форвардных договоров, и за основу промежуточного определения понятия форвардного договора принял совокупность признаков, выделенных в ходе исторического анализа развития данных правоотношений, а именно: признак срочности, признак производности, признак алеаторности и признак прямой связи, который автор использовал в контексте традиционного подхода о делении деривативных договоров на внебиржевые и биржевые.

Основываясь на совокупности указанных признаков, автор провел сравнительный анализ существующих на сегодняшний день определений форвардного договора в экономической и юридической научной и практической литературе, нормативных правовых актах, документах,

явившихся результатом развития делового оборота, а также судебных актах.

Исследовав данный вопрос, автор выяснил, что многие используемые в сегодняшней практике определения отражают не правовое, а экономическое содержание форвардного договора, более того для квалификации договора часто используют один из присущих договору признаков, а не их совокупность.

Так, признак срочности для квалификации используется Международными стандартами финансовой отчетности, Банком России.

Однако наличие единственного признака срочности не позволяет провести правовую квалификацию сделки как форвардной и разграничить ее, допустим, с договором поставки или займом, в которых срок также имеет существенное значение.

Подчеркивая *признак прямой связи*, Д. Халл определяет форвардный договор как заключаемое на внебиржевом рынке соглашение о покупке или продаже того или иного актива в определенный момент времени в будущем по определенной цене.

Согласно статье 21 Проекта № 147313-3 ФЗ «О срочном рынке» биржевым считается рынок с участием организатора торговли, внебиржевым – без такового. Внебиржевой же рынок предоставляет сторонам полную свободу и все условия сделки оговариваются сторонами индивидуально (ст. 27 Проекта №147313-3).

Под *признаком производности* понимается зависимость цены договора от показателей базового актива, которую в квалификации договора как деривативного отмечают различные ученые.

Проводя исследование, автор приходит к выводу о том, что *признак производности* является существенным в квалификации сделки как деривативной.

Рассматривая традиционный подход в делении форвардного договора на виды по способу исполнения: *поставочный*, исполнение по которому происходит путем поставки базового актива, и *расчетный* – исполнение по

которому происходит путем уплаты ценовой разницы между ценой, указанной в договоре на момент заключения, и ценой, которая сформирована на рынке в день исполнения, автор делает вывод о нецелесообразности такого деления, так как поставочный форвардный договор не содержит признака производности и его правовая цель совпадает с правовой целью договора поставки, который регулируется главой 30 ГК РФ.

Расчетный форвардный договор порождает обязательство по выплате денежных средств в зависимости от изменения цены на базовый актив и содержит всю совокупность выделенных автором признаков.

Аналогичным образом предмет расчетного форвардного договора определяет и Конституционный Суд Российской Федерации.

Алеаторный признак форвардного договора, проявляющийся в том, что на момент заключения сделки стороны не знают каков будет размер исполнения и кто будет должником, что послужило основанием для отнесения данного договора к пари, также в работе оспаривается автором.

На основании проведенного анализа автор предлагает отказаться от видового деления форвардного договора и приводит авторское определение последнего.

Третий параграф посвящен вопросу об «Элементах форвардного договора». Многие авторы и государственные органы определяют предметом форвардного договора базовый актив, то есть тот реальный товар, цена которого является основой для формирования цены форвардного договора, с чем автор не может согласиться, так как данное заблуждение было основано на том, что базовый актив передается в качестве исполнения по сделке, что по деривативным сделкам является ненадлежащим.

Кроме того, данной позиции авторов противоречит сложившаяся мировая практика использования в качестве базового актива экономических показателей, таких, как индексы, погодные показатели, передача которых в натуре невозможна.

Для устранения данных противоречий автор предлагает использовать

понятие «показателя», который непосредственно связан с базовым активом и является отражением как цены товара как материального актива, так и значения экономического индекса как нематериального. Это также позволит уйти от путаницы в определении категории «цены» в форвардном договоре.

Автор предлагает использовать для обозначения «цены» базового актива, согласованной сторонами при заключении договора, термин «первоначальный показатель», а для «цены» базового актива, которая складывается на рынке на дату исполнения, – «итоговый показатель».

Итак, *предметом* форвардного договора является действие стороны, выражающееся в обязанности должника выплатить кредитору определенную денежную сумму, которая сформировалась как разница между первоначальным и итоговым показателем базового актива.

К существенным условиям форвардного договора, помимо предмета, автор относит: условие о базовом активе (наименование, количество, место обращения); условие о первоначальном показателе; условие о дне исполнения, сроке; способ определения разницы между первоначальным и итоговым показателем.

Автор отмечает, что форвардный договор не является условной сделкой, так как обязательства стороны по выплате денежных средств в будущем возникают в момент заключения договора и не зависят от наступления того или иного события.

Автор не делает ограничений относительно субъектного состава сделки и считает, что участниками правоотношений могут выступать все лица, обладающие гражданской правосубъектностью.

«Отграничение форвардного договора от смежных сделок» автор рассматривает в **четвертом параграфе**. Наряду с форвардным договором к числу деривативных также относятся: фьючерсный договор, договор своп и опционный договор.

Проводя сравнительно-правовой анализ форвардного договора с фьючерсным договором, автор приходит к выводу, что отличием, помимо

традиционно выделяемого места заключения сделки – биржи, является стандартизация условий фьючерсного договора. Стороны практически не участвуют в их согласовании, так как они разрабатываются организатором торгов и сторонами лишь принимаются, что отличает фьючерс от индивидуально согласованного форварда.

С этой точки зрения можно признать обоснованной позицию относительно комплексной природы фьючерсного договора, в отличие от исключительно гражданско-правовой природы форвардного договора.

Автор отмечает также отличие в процессе перемены лиц в обязательстве, которая по форвардному договору осуществляется в общем порядке, а фьючерсный договор может быть «перепродан» и без согласия первоначального контрагента.

Также особенностью фьючерсного договора, в отличие от форвардного, является обязательное требование по внесению залога – начальной или депозитарной маржи, как раз за счет которой расчетная палата производит перечисления по итогу каждого торгового дня.

В российском законодательстве понятие договора своп отсутствует. Проект № 309366-3 ФЗ «О производных финансовых инструментах» определяет своп как «производный финансовый инструмент, по условиям которого стороны в установленную дату или период времени в будущем производят обмен одного базового актива на другой (аналогичный) базовый актив, и (или) обмен обязательствами, связанными с разными базовыми активами, и (или) обмен обязательствами, определяемыми на основе значений показателя».

Автор отмечает, что ввиду неразработанности правовой регламентации договора своп в России категорично сделать вывод о сущности данной сделки не представляется возможным, хотя позволяет усмотреть признаки, схожие с элементами форвардного договора.

Кроме того, сравнительно-правовой анализ форвардного и опционного договоров позволил выявить существенные различия в их правовой

квалификации, в том числе за счет того, что опцион является условной сделкой и контрагент - «покупатель опциона» не несет обязанности по его исполнению, а имеет лишь право.

Вторая глава – «Правовое регулирование форвардного договора в гражданском обороте и правоприменительной практике» состоит из четырех параграфов и посвящена анализу источников регулирования форвардных правоотношений, процессу заключения и исполнения форвардного договора, способам защиты прав сторон и возможным злоупотреблениям в сфере заключения форвардных договоров.

В первом параграфе «Источники регулирования отношений, связанных с использованием форвардного договора» проводится анализ существующих на настоящий момент источников правовых норм, которые напрямую или опосредованно регулируют отношения сторон из форвардного договора.

Автор отмечает значительную неопределенность в нормативном регулировании форвардного договора, что связано с отсутствием единого специального нормативного акта в отношении данных сделок, более того существующие на сегодняшний день упоминания о форвардном договоре в биржевом законодательстве, нормативных документах Банка России и Федеральной службы по финансовым рынкам свидетельствуют об отсутствии единого подхода в квалификации данных договоров и в понимании их содержания.

Международно-правовые же документы в сфере регулирования отношений с использованием форвардного договора, участником которых являлась бы Россия, отсутствуют.

Бесспорно, к форвардному договору применимы общие положения ГК РФ о сделках, обязательствах, договорах, нормы, регламентирующие положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления гражданских прав, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, однако актуальность вопроса о формировании законодательства, регулирующего

форвардные сделки не вызывает сомнений.

12 января 2007 года ФЗ «О внесении изменений в статью 1062 части второй Гражданского Кодекса Российской Федерации» была введена часть 2 указанной статьи, которая, по мнению разработчиков закона, позволила устранить давнюю дискуссию относительно применения к форвардным сделкам правил об играх и пари, тем самым предоставив судебную защиту деривативным сделкам.

Но данная новелла является далеко не бесспорной. Новелла статьи 1062 ГК РФ юридически приравнивала деривативные сделки, в том числе форвардные, к договору пари, что неоднократно опровергалось исследователями в последефолтный период 1998-2001 годов.

Проводя анализ существующих законодательных и ведомственных актов, обычаев делового оборота в сфере деривативов, материалов судебной практики, автор приходит к выводу о необходимости закрепления положений о форвардном договоре в ГК РФ, а также разработки специального закона, который позволит устранить существующие противоречия.

«Порядок заключения и исполнения форвардного договора» рассматривается во втором параграфе.

Анализируя порядок заключения форвардного договора, автор отмечает, что форвардный договор является индивидуальным и предполагает наличие согласований сторон относительно всех существенных условий договора, что отвечает общему требованию о порядке заключения гражданско-правовых договоров лишь с небольшими особенностями.

Если рассматривать форвардный договор как способ передачи рисков по изменению цены на базовый актив другой стороне, то изначально именно волеизъявление оферента отражает правовую цель будущей сделки, но акцептуя оферту, противоположная сторона по сделке преследует аналогичную цель, с противоположной позицией относительно прогноза о динамике будущих цен, так как на момент заключения договора размер исполнения не известен, и более того распределение правовых ролей

(кредитор, должник) не происходит.

При заключении форвардного договора определенность достигается путем указания в оферте намерения участника заключить форвардный договор на базовый актив с указанием его вида, количества, рынка, на котором он торгуется, сроков и намерения контрагента на получение ценовой разницы.

Более того, учитывая, что особенностью формирования размера исполнения по форвардному договору является изменение ценового показателя на базовый актив на рынке, период данного изменения также должен быть выражен в оферте, то есть дата первоначального показателя (предполагаемая дата заключения договора) и дата итогового показателя (дата исполнения договора).

Выражение данных условий в оферте позволяет контрагенту сразу оценить риски и предполагаемую выгоду от заключения данной сделки, потому что, имея одинаковую правовую цель – переложить ценовые риски на контрагента, каждая сторона по-разному оценивает динамику изменения данной цены на базовый актив.

Логично было бы заключить, что оферта по форвардному договору может рассматриваться как адресованная конкретному лицу, так и как публичная, но быть адресованной «любому и каждому» и прекращаться акцептом, потому что в данном случае оференту не важно кто будет стороной по сделке, главное, чтобы он был в состоянии принять риски.

Учитывая постоянное изменение показателей рынка спот, которые в форвардном договоре фиксируются на дату заключения как первоначальный показатель, оферент оценивает динамику этих изменений исходя из «сегодняшних» реалий, и если его прогноз на будущее выгоден, он формулирует оферту. Но в связи с постоянными колебаниями показателей на рынке спот вечерняя цена базового актива на торговой сессии под влиянием различных макро- и микро- факторов может настолько отличаться от утренней, что оференту будет уже невыгодно заключать форвардный договор на ранее предложенных условиях.

Поэтому оферта по форвардному договору может быть либо с указанием срока, но учитывая границы возможного прогнозирования оферента об изменениях цены, срока небольшого, либо без указания срока, но тогда механизм заключения сделки должен позволять сторонам достаточно быстро производить корректировку условий в оферте (по крайней мере, в отношении первоначального показателя), что с учетом все большей компьютеризации сделок на финансовом рынке вполне реально.

Рассматривая вопрос о форме сделки, автор отмечает, что в связи с тем, что оборот денежных средств по форвардным договорам огромен, он должен заключаться в письменной форме.

Как мы уже определили ранее, исполнение по форвардному договору не может быть произведено способом поставки базового актива, потому что не отвечает его правовой цели и не входит в предмет сделки.

Таким образом, исполнение форвардного договора только тогда является надлежащим, когда должник осуществляет кредитору выплату денежных средств в виде разницы между первоначальным и итоговым показателем.

Третий параграф посвящен вопросу о «злоупотреблениях, связанных с использованием форвардного договора в гражданском обороте, и роли правоохранительных органов в их предотвращении».

Автор отмечает, что форвардные сделки в связи с отсутствием должного регулирования со стороны государства позволяют недобросовестным участникам осуществлять злоупотребления в свою пользу.

Во-первых, форвардные сделки существенно увеличивают общеэкономические риски, риски неисполнения контрагентов, что, учитывая объемы денежных средств по данным сделкам, приводит к формированию системных рисков, т.е. банкротство одного крупного участника ведет к дальнейшему банкротству его более мелких контрагентов.

Автор рассматривает как наиболее распространенные случаи злоупотребления с использованием форвардных договоров, такие, как использование инсайдерской информации и манипулирование ценами на

рынке, налоговые правонарушения, легализация доходов, так и более латентные, такие, как влияние по средствам форвардных сделок на стабильность валютного курса государства.

Автор отмечает, что в связи с отсутствием законодательства в сфере форвардных и иных деривативных сделок осуществление контроля, выявление и предотвращение данных злоупотреблений со стороны правоохранительных органов на сегодняшний день практически невозможно. Это усложняется еще и тем, что на сегодняшний момент даже непосредственные участники сделок и судебные органы не могут прийти к единой концепции относительно понимания природы данных сделок.

Автор также отмечает, что некоторые злоупотребления, такие, как манипулирование ценами, что чаще всего влечет возможность занятия доминирующего положения на рынке как базового актива, так и деривативных сделок, может быть рассмотрено как злоупотребление правом со стороны участника сделки в силу ст. 10 ГК РФ и, кроме того, может повлечь недействительность сделок в связи с противоречием нормам антимонопольного закона, в котором прямо указано, что данные злоупотребления недопустимы.

Четвертый параграф «Защита прав сторон форвардного договора».

Рассматривая вопрос о способах защиты прав сторон форвардного договора, автор приходит к выводу, что вся специфика форвардных правоотношений в контексте возможных превышений пределов осуществления гражданских прав сторонами и их последующей защиты сводится к тому, что до определенного момента (срок исполнения) правоотношения находятся в статическом положении, не происходит ни движения вещей, ни оказания каких-либо услуг.

Именно с этого момента правоотношения могут быть подвержены риску недобросовестных действий или бездействий со стороны контрагента.

Рассматривая вопрос административной защиты, автор отмечает, что в силу ч. 2 ст. 11 ГК РФ защита гражданских прав в административном порядке

осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Отсутствие законодательного акта в отношении деривативов лишало стороны возможности прибегать к использованию мер административной защиты.

И как указывают судебные органы, «заключая такие сделки, стороны заранее осознают, что их исполнение не может быть обеспечено в принудительном порядке и рассчитывают на добросовестное исполнение обязательств каждой из сторон».

Проанализировав законопроекты, выдержки из которых автор неоднократно приводил в данном исследовании, можно сделать не столь утешительный вывод и о возможных защитных мерах в форвардных правоотношениях.

Так, ст. 26 Проекта № 309366-3 ФЗ РФ «О производных финансовых инструментах» устанавливает ряд защитных мер и требований для участников сделки, однако разработчики законопроекта включили в главу 4 законопроекта общие меры по недопущению кризисных ситуаций на деривативном рынке и их негативного влияния на экономику, но конкретных защитных мер в отношении участников сделок, хотя бы административных, не усматривается.

В данном случае разработчики законопроекта под понятием «защитные меры» понимают, по нашему мнению, защитные меры рынка, что однако может рассматриваться как некоторые гарантии добросовестного поведения непосредственных участников сделок, но не как меры или способы защиты прав, а как способы их охраны.

Кроме того, нетрудно заметить, что охранные меры, содержащиеся в законопроекте, в большей части применимы к сделкам, заключаемым на организованном рынке, где риск недобросовестного поведения сторон по сравнению с внебиржевым существенно снижен самими особенностями биржевого оборота и саморегулируемостью рынка.

Таким образом, как мы видим, стороны форвардного договора на сегодняшний день лишены возможности административной защиты своих прав в рамках специального законодательства.

Рассматривая вопросы судебной защиты прав сторон, автор отмечает, что на сегодняшний день ФЗ от 26.01.2007 № 5-ФЗ «О внесении изменений в статью 1062 части второй ГК РФ», внося изменения в ст. 1062 ГК РФ, тем самым предоставил так называемым деривативным сделкам судебную защиту.

Однако, судебная защита предоставляется исключительно сделкам, хотя бы одной из сторон которой является юридическое лицо, обладающее специальным статусом – кредитная организация или профессиональный участник рынка ценных бумаг.

Таким образом, формально законодатель смог преодолеть препятствие в защите прав сторон по наиболее крупному сегменту рынка – сделкам между банками и финансовыми институтами, что незамедлительно нашло свое отражение на практике.

Однако, требования граждан все также квалифицируются как требования из сделок пари, если они заключаются не на бирже, а, как мы уже выяснили, форвардный договор заключаться на бирже не может.

Таким образом, можно сделать вывод, что на сегодняшний день до момента принятия комплексного законодательного акта в сфере заключения форвардных сделок, осуществить какие-либо защитные меры весьма проблематично. Более того, даже в рамках внесенных в ГК РФ изменений относительно предоставления судебной защиты форвардным сделкам ситуация существенно не изменилась.

В заключении подведены итоги и сформулированы выводы, вытекающие из проведенного исследования, а также как вариант предлагается возможность их практического применения в условиях развития финансового рынка.

Список опубликованных работ по теме диссертации.

I. В научных журналах и изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации:

1. Апаликов Н. С. Правовое регулирование доверительного управления деньгами // Вестник Московского университета МВД России. – 2007, № 10. – С.39-40. - 0,4 п.л.

2. Эриашвили Н. Д., Апаликов Н. С. Влияние Христианства и Иудаизма на развитие форвардного договора и иных деривативов// Вестник Московского университета МВД России. – 2008, № 1. – С. 158-160.- 0,4 п.л.

3. Эриашвили Н. Д., Апаликов Н. С. Форвардный и другие деривативные договоры в контексте мусульманского права // Закон и право. – 2008, № 1.– С.109-110. - 0,3 п.л.

II. В иных изданиях:

4. Апаликов Н. С. Деньги как самостоятельный объект доверительного управления // Интеллектуальный потенциал ученых России: труды Сибирского института знаниеведения. Выпуск 6/ отв. ред. Е.В.Ушакова, Ю.И.Колпозов. - Барнаул: Издательство Алтайского университета, 2006 год. – С.75 – 81. - 0,6 п.л.

5. Апаликов Н. С. Правовая оценка денег как объекта доверительного управления // Философия, методология и история знания: труды Сибирского института знаниеведения. Выпуск 5 / отв. ред. Е.В.Ушакова, Ю.И.Колпозов.- Барнаул: Издательство Алтайского университета, 2006 год. – С.65 – 71. - 0,4 п.л.

6. Правовое регулирование рекламной деятельности. Учебное пособие Н.Д.Эриашвили, А.А.Романов, Г.А.Васильева, Н.С.Апаликов, Е.А.Свиридова, А.Н.Линев – М.: изд-во «ЮНИТИ-ДАНА», 2009. – 240 с. - 1 п.л.

7. Апаликов Н. С. Статья 395 ГК РФ: вседозволенность страхователя или страховщика? // Вестник Тверского государственного университета, Серия «Право» 2009, №18. – С.32-33. – 0,4 п.л.

Подписано в печать 26.10.09
Формат 60х90 1/16 Объем 27 п.л.
Тираж 100 экз. Заказ 1642

to 2